Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XXI.

Bemerkungen über den Werth, die Natur und Gränze, des ſogenannten Provocations-Proceſſes, und über einzelne Erſcheinungen in ſeinem Gebiete.

Von dem
Dr. jur. Moriz Wilhelm Breidenbach, Großherzoglich Heſſiſchem Regierungs-Secretariats-Acceſſiſten zu Darmſtadt.

Abhandlung I.

Ueber die Ausdehnung oder Einſchränkung des Provocations-Proceſſes. Gegen Gönner.

§. 1.

Den Provocations-Proceß, welchem Abhandlungen, ja ganz beſondere Schriften gewidmet ſind, hat Grolman in einer Note abgefertigt [1]), dadurch aber kurz und ſinnreich angedeutet, wie wünſchenswerth eher die gänzliche Vernichtung als die Ausdehnung eines Inſtituts wäre, welches die bürgerliche Freiheit im Gebiete des Privatrechts beengt. Dem römiſchen Rechte können wir zu dem vielen, welches auf ſeinem Gewiſſen laſtet, die Exiſtenz dieſes Anomalons nicht aufbürden; denn es iſt bekannt, daß die oft blinde Praxis in zweien mißverſtandenen Geſetzen etwas fand, was nicht darin ſteht, die Reichsgeſetze aber auch nicht hell genug ſahen, ſondern, den Verſtoß der Praxis zum Theil ſanctionirend, dieſen inſoweit ſich ſelbſt auf-

1) Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten. §. 228. S. 389. Note 1.

gebüroet haben. Aber billig ſollte man bei den zwei Fällen, die Paulus und die Kaiſer Diocletian und Maximian nolentes volentes vorgeſchrieben haben müſſen, ſtehen bleiben, nämlich a) bei dem Fall des Verübmens eines Anſpruchs oder einer Verbreitung nachtheiliger Gerüchte (Prov. e. l. diſfamari) und b) bei dem Fall des drohenden Verluſts einer Einrede bei längerm Säumen des Klägers (Prov. e. l. si contendat). Wirklich thaten dies auch viele angeſehene Proceſſualiſten [2]); nicht ſo Gönner. Dieſer berühmte Gelehrte, deſſen groſſe Verdienſte um den Proceß anerkannt ſind, wünſcht die Lehre vom Provocations-Proceß in's Unendliche ausgedehnt zu wiſſen [3]). Seine Gründe wurden meines Wiſſens bis jetzt weder angefochten, noch widerlegt [4]). Je bedeutender aber die

---

2) Martin in dem bürgerlichen Proceß §. 241 — 246. Schweitzer über den Provocations-Proceß. Leipzig 1806. §. 1. 10. 17. u. a. m.

3) Siehe deſſen Handbuch B. IV. Abh. 73. und nachher in ſeinem Entwurf eines Geſetzbuchs über das gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsſachen. Erl. 1815. S. 84. §. 7. und in den Motiven S. 216 ff., wo er das in ſeinem Handbuch geſagte wiederholt. In J. T. Carrachs Abhandlung „Rechtliche Anmerkungen vom Gebrauch und Mißbrauch der Provocatio ex lege diffamari“ (wöchentliche Halliſche Anzeigen v. J. 1758. nr. 52 — 54. und nachgedruckt in Schotts Juriſt. Wochenbl. B. 1. S. 338 — 368.) findet man nicht, wie man aus dem Titel erwarten ſollte, etwas über die Frage: ob der Provocations-Proceß über die zwei angegebene Fälle hinaus auszudehnen ſey oder nicht? ſondern blos fades Zeug. Uebrigens iſt Gönner nicht der erſte, welcher eine Ausdehnung vertheidigte. Dies geſchah von vielen und namentlich von Danz Grundſätze d. ſumm. Proz. §. 85., Claproth Einleitung in ſämmtl ſumm. Proc. S. 399. und vielen ältern. Ich beſchäftige mich hier aber blos mit den Gönneriſchen Gründen, theils weil die Gründe der andern entweder bei Gönner ſich finden, oder unter aller Critik ſind, (gegen Claproth, ſiehe z. B. Schweitzer l. c.) und theils weil kein älterer ſo weit gienge, wie Gönner.

4) Auch von Schweitzer nicht, aber dies wahrſcheinlich darum,

Autorität einer Gönneriſchen Meinung iſt, je mehr die Praxis geneigt iſt, eine Anſicht zu adoptiren, die einen ſolchen Gewährsmann hat, je leichter Gönners, mit gewandter Feder ausgeführte, Scheingründe auf neue Geſetzgebungen Einfluß haben können, deſto mehr Pflicht iſt es, jene Meinung zu bekämpfen, beſcheidet ſich auch der jugendliche Kämpe, daß er an einen Rieſen ſich wagt. Aber ſollte denn die Liebe zur Rechtswiſſenſchaft hier den Muth nicht eben ſo ſtählen, wie die Liebe des jungen Ritters zu ſeiner Dame? Man kann wirklich hier ſagen: das Gemeinwohl ſtehe auf dem Spiel — allen Berechtigten drohe eine läſtige, dem Staat und deſſen Rechtspflege ſchädliche, Beſchränkung des freien Rechtskreiſes.

Nach Gönners Anſicht kann jeder in jeder Sache ſowohl Bekannte als Unbekannte durch den Richter, bei Strafe des ewigen Stillſchweigens, auffordern laſſen, die etwaigen Anſprüche anzubringen, mögen die Aufgeforderten diſſamirt haben oder nicht, mag eine Einrede in Gefahr ſeyn oder nicht.

§. 2.

Um dieſes zu rechtfertigen, beruft ſich dieſer Gelehrte voran auf die Billigkeit, den geſunden Menſchenverſtand u. d. gl. Mehrere Beiſpiele werden angeführt, die zeigen ſollen, wie drückend es in gegebenen Fällen ſey, wenn eine unbedingte Provocations-Befugniß nicht zuſtehe. „Von einem Kaufmann, der in einem Geſchäft geſtanden, ſchleicht irgend ein dumpfes Gerücht einer Schuld herum, ohne daß er eine Beſcheinigung beibringen kann, daß grade ſein angeblicher Creditor ſich der Forderung gerühmt habe. Ein Hausvater mit unmündigen Kindern ahnt einen Rechtsſtreit; jetzt iſt ihm die Sache und ſind ihm die Beweismittel bekannt; er befürchtet, daß nach ſeinem Tode der Berechtigte die Unmündigen belangen werde. Ein anderer Hausvater will gern in Ruhe leben und nicht den Ablauf der Verjährungszeit abwarten u. ſ. w. Wenn nun auch

---

weil ſein Werk kurz in der Zeit nach dem Gönneriſchen Handbuch, wenigſtens der zweiten Auflage, erſchien.

kein absoluter Zwang zur Rechtsverfolgung vorhanden ſey, ſo exiſtire doch ein relativer, und vermöge der Rechtsgleichheit der Parteien auch wirkſam bei demjenigen, welcher Anſprüche machen wolle. Der Staatszweck verlange, daß der Bürger, weil er vom Staat Schutz ſeiner unſtreitigen Rechte fordern könne, auch wegen ſeiner, wie immer zweifelhaften, Rechte die Ausmittelung der unſtreitigen fordern könne. Man habe ja, meint Gönner, die actio de statu libertatis agnoscendo, actio negatoria, Provocationen zu Anerkennung der perſönlichen oder dinglichen Freiheit, warum nicht auch zu Conſtatirung des Eigenthums, oder der Freiheit von ſonſtigen Verbindlichkeiten? Hiermit ſchon ſey die Ausdehnung, durch eine poſitive Geſetzgebung unabänderlich, gerechtfertigt, aber auch letztere ſey dafür, wie ſich evident aus den Edictaladungen im Concurs bei Verſchollenen u. ſ. w. ergäbe" [5]).

§. 3.

Wenn die Rede de lege lata iſt, ſo kann alles ohne Ausnahme und unbedingt durch das poſitive Geſetz abänderlich ſeyn. Staatszweck, Vernunft, was man unter dem ſchwankenden Ausdruck Billigkeit begreifen will, und die Philoſophie im Ganzen obendrein, ſind, ſo lange das gegebene Geſetz daſtehet, allerdings unterthänige Diener des Geſetzes. Stoßt die lex lata gegen jene etwa an, (wovon jedoch der Beweis immer etwas ſubjectiv ausfallen wird) ſo mag dem Einzelnen das Recht der Petition zuſtehen, und allenfallſigen Landſtänden wohl die Befugniß zum Vorſchlag der Vernichtung des Geſetzes durch das Geſetz; aber bis dahin, wo jene Petition oder dieſer Vorſchlag die geſetzgebende Gewalt zur Abänderung bewoge, gilt Gehorſam. Schweigt nun das Geſetz über die gegenwärtige Frage gänzlich, ſo entſcheidet freilich Natur der Sache; ſpricht aber jenes, ſo ſchweigt dieſe, oder wird nur dergeſtalt Hülfsmittel, daß ſie das Geſetz als Sache zum Gegenſtand hat. Natur des poſitiven Geſetzes wird Natur der Sache. Ich denke

5) l. c. §. 7.

aber, daß hier beide reden, Geſetz und Natur der Sache, und zwar gegen die Meinung jenes berühmten Gelehrten.

§. 4.

Den Rechten ertheilt der Staat ſeinen Schutz, nicht den Pflichten; oder m. and. W.: wer ſein Recht verfolgt, kann Hülfe vom Staat erwarten, nicht aber wer ſeiner Pflicht entgegen handeln will. Wer eine Verbindlichkeit übernimmt, muß dieſe jederzeit (d. h. wenn es dem Berechtigten gefällt) zu erfüllen bereit ſeyn, wenn nicht ein anderes ſtipulirt wurde *); hat der eine das Recht zu fordern [6], ſo hat der andere die Pflicht zu geben, aber nicht das Recht [7] zu geben. Was ſoll ihm denn geſchützt werden? Bei der Provocation wird verlangt, daß der andre entweder auftrete, oder ewig ſchweige. Der Provocant will alſo offenbar lucriren durch den Verluſt, der auf das Nichtauftreten geſetzt wird. Ein jeder Gläubiger aber kann billig ſagen: das wurde nicht ſtipulirt, da wir das Geſchäft eingiengen. Und jeder Berechtigte kann einwenden: das bringt die Natur meines Rechtes nicht mit ſich. Wenn ein Gläubiger 30 Jahre ſtill ſitzen will, ſo iſt es in der Regel dem Verpflichteten kein Onus. Jenem iſt ein Onus, daß er nur 30 Jahre warten darf mit ſeiner Klage, da ein Recht ſeiner Natur nach dauert, bis es durch die Tilgung der ihm correſpondirenden Pflicht ſelbſt getilgt wird. Man faſſe nur Recht ins Auge, was es heißt: „jemanden zur Klage bei Strafe des Verluſtes derſelben zu provociren“. Hat dieſer keinen Anſpruch, ſo iſt die Sache freilich einfach; obgleich es doch immer etwas eigen bleibt, den Richter mit dem Ausſprechen einer Re-

*) Von der mora accipiendi unten.

6) Und dies iſt die Natur einer jeden Klage. L. 51. D. de O. et A. (44. 7.)

7) Nach Schweppe (Jur. Maynz. Bd. I. H. I. nr. III.) giebt es freilich ein Recht, Beklagter zu werden, als Folge des von ihm für ein Sachenrecht gehaltenen Beſitzes. Allein ſiehe Heidelb. Jahrb. 1819. nr. 5. S. 68.

gative zu behelligen, die eben so oft und eben so häufig seyn kann, als es Mitmenschen und mögliche Ansprüche giebt. Steht ihm ein Anspruch aber zu, so ist es ungerecht, ihn zu zwingen, sich jetzt zu erklären, „ob er auftreten wolle, oder nicht", d. h. „ob er schenken wolle, oder nicht", und aus seinem Stillschweigen eine Schenkung zu vermuthen. Die Inconvenienzen und Ungerechtigkeiten häufen sich, wenn der Provocant an Bekannte und Unbekannte, einmal für allemal, durch den Richter Citationen ergehen lassen will. Wahr ist, daß durch den Anblick der unmündigen Kinder des zerrütteten Hausvaters ꝛc. mancher, wie Gönner *) sagt, hingerissen werden mag, zu wünschen, „hätte doch dem Patersamilias eine unumschränkte Provocations-Befugniß zugestanden"! Bei ruhiger Ueberlegung aber wird die Entscheidung anders ausfallen. Denn einmal muß das Recht streng und consequent vorschreiten, und kann seinen höchsten Principien unmöglich durch ein etwa daraus entstehendes Mißbehagen Einzelner eine Norm vorschreiben lassen **). Stößt ein herzloser Wucherer einen armen Miether mit 12 Kindern aus dem Hause, und behält das letzte Ruhelager ihm zurück — soll darum der Gesetzgeber das stillschweigende Pfandrecht des Vermiethers cassiren, oder der Richter es nicht anwenden? Sodann lassen sich auch recht viele Fälle denken, in welchen die Anwendung des Gönnerischen Principes sehr harte Folgen hätte. Von vielen Beispielen zur Schonung des Raumes nur eins. Ich habe eine Forderung an X. und fürchte, wenn ich ihn jetzt belange, so werde er in Concurs gerathen; ich weiß, daß er einen reichen Verwandten beerben wird und warte. Aber siehe da, X. provocirt, — ich muß klagen; er fällt in Concurs, greift zum beneficium cessionis bonorum, und ich erhalte nur ⅛ meiner Forderung. Kurz darauf beerbt er den Verwandten — ich klage auf den Rest — und nun

**) L. 3. 4. 5. et 8. Dig. de legibus.

8) l. c. §. 3. S. 65. in fine.

ſteht ihm das beneficium competentiae als Folge der Provocation und der dadurch bewirkten Vergantung zu! Dazu nehme man a) die Unbequemlichkeit und Unſicherheit der öffentlichen Ladungen, b) die hohe Schwierigkeit des Beweiſes, wenn man auch Reſtitution geben will, und c) die Bemerkung, daß aus übertriebenem favor reorum ***) ſich leicht defectus actorum erzeugen könne. Gründe genug die Provocationen nicht zu vermehren.

Man wende nicht ein, „der Provocat könne ja im Gericht erſcheinen, und darthun, warum er noch nicht klagen wolle“. An und für ſich hat es etwas, ich möchte faſt ſagen, empörendes, jemanden zu zwingen, einen Rechtsſtreit darüber einzugeben, und einen Beweis zu übernehmen, warum er keinen Rechtsſtreit eingehen wolle. Es liegen ferner die Gründe und Fäden, die den Kläger zur Rückhaltung veranlaſſen können, ſo tief und verborgen, ſind oft ſo ſubjectiv und dennoch richtig, daß ein Beweis derſelben ſchlechthin unthunlich wird. Legislatoriſch betrachtet wäre die Sache nur eine Quelle unzähliger Proceſſe; aus einem würde ſich der andere entwickeln, und jeder mit einem tüchtigen Präcludio begabt ſeyn, wobei grade Ränkeſucht auf der einen, Aengſtlichkeit aber auf der andern Seite, offenes Feld gewönne. — Wenden wir uns nun aus dem Gebiete ungebundener Phantaſie und ſubjectiver Reflexionen aus der Natur der Sache und gegen dieſe zu den Satzungen des poſitiven Rechts!

§. 5.

In der actio de statu libertatis agnoscendo, in der actio negatoria, und in den Edictalladungen, findet Gönner eine Beſtätigung ſeiner Theorie.

Was ſollen aber die beiden erſtern eigentlich hier beweiſen? Gegen jeden, der meine Freiheit, Ingenuität, Kindſchaft

***) Man ſiehet ja den Provocanten als Beklagten an. J. C. Koch, in Diss. de foro comp. prov. ex lege diffamari. §. 5. Schweitzer, a. a. O. S. 5.

u. ſ. w., mir ſtreitig macht, trete ich mit den geeigneten Klagen auf; — wer ſich eine Servitut gegen mich anmaßt, den treibe ich actione negatoria zurück ꝛc. Und was folgt nun hieraus für die Provocationen? oder ſind jene Klagen Provocationen? Dann iſt dies auch jede rei vindicatio. Hier wie dort findet man beſtimmte Gegner, beſtimmte Anſprüche, denen beſtimmte Behauptungen entgegen geſetzt ſind — man findet Kläger und Beklagte — nach deren vollem Begriff.

Nicht für ſondern gegen Gönner beweiſen ferner die Edictalcitationen. Man gehe die Hauptarten derſelben durch

1) Edictalladungen im Concurs. Dieſer erſcheint in ſeinen Haupttheilen als ein ſehr irregulaires Verfahren — mit Anomalien beginnt und endigt er. Jahrhunderte gaben ihm eine Richtung, welche nicht verſtattet, aus ihm ein principium cognoscendi für andere Rechtstheile zu entlehnen, oder von ihm auf andre zu ſchließen. Dabei hälfe die Analogie nichts; denn nur folgendes ließe ſich herausbringen: der Provocant kann Edictalcitationen ergehen laſſen, wenn aber die Gläubiger nicht erſcheinen, ſo iſt's auch gut, ausſchließen kann man ſie darum nicht. Das hieße: die Provocation iſt ſo viel wie nichts. Im Concurs nämlich zieht die, der Edictalladung folgende oder eventualiter einverleibte, Präcluſion nicht totalen Verluſt des Rechts, welchen Gönner den Provocationen beilegen will, nach ſich, ſondern blos Ausſchluß von dieſem Concurs, — von dem Participiren an der dermaligen Activ-Maſſe. Gönner, ſich conſequent, läugnet die Rechtmäßigkeit dieſes Satzes [9]), und bürdet ihm der Praxis auf, da er doch recht deutlich in einem ſehr klaren Geſetz enthalten iſt [10]).

---

9) Handbuch B. IV. Abh. 82. §. 31. S. 585.

10) L. 10. pr. C. de bon. auct. jud. (7. 72.) — Post completum autem memoratum tempus (die Römiſchen 2 oder 4 Jahre nach Maßgabe der Gegenwart oder Abweſenheit, an deren Stelle unſre Präcluſion ſogleich tritt) nullam eis esse licentiam, eos, qui possessionem adepti sunt, molestare,

Wenn im Concurs nach Befriedigung der Gläubiger, die sich gemeldet haben, ein Ueberschuß bleibt, so können ihn die, welche sich versäumt haben, in Anspruch nehmen. Will man den einen Satz, die Präclusion, auf die Provocation anwenden, so muß man auch desgleichen mit den andern Sätzen verfahren. Es müßte also der Provocat sein Recht an allem Vorhandenen behalten d. h. sein Klagerecht bliebe ungeschmälert.

2) Edictalladungen zum Behuf der Verschollenheits-Erklärungen. Hier sey es mir erlaubt zu fragen: Gesetzt jemand, von dessen Geburt an 100 Jahre verflossen sind, der vorgeladen nicht erschienen, für verschollen erklärt, und dessen Vermögen, selbst ohne Caution, seinen Verwandten ausgeantwortet ist, käme dennoch wieder — wird er nicht schlechthin sein Vermögen wieder fordern können? oder wollte man etwa zu ihm sagen: zufolge des 90ten Psalms [11]) bist du — Lebendiger — tod?! Dies wäre doch etwas zu sehr abstract. Die Verschollenheits-Erklärung beruht auf einer Fiction, oder vielmehr hoher Wahrscheinlichkeit. Mit Ablauf des Termins vermuthet man Erlöschen des Lebens. Vermuthung weicht der Gewißheit. Die zuverläßige Nachricht des Todes giebt seinem Leben ein unwiderrufliches Recht an etwa besessenen Sachen des Verstorbenen — sein Erscheinen aber setzt ihn

---

vel aliquibus damnis afficere, actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores. Hierin liegt blos in Betreff derjenigen, denen dingliche Rechte zustanden, und die sich versäumt haben, etwas anomalisches (also nicht auszudehnendes). Bei allen andern ist die Sache sehr natürlich und würde auch ohne Concurs und ohne Präclusion nicht anders seyn. Wer an A 100 zu fordern hat, kann, wenn A seine letzten 100 an B giebt, diesen nicht in Anspruch nehmen. Wer mit seinen persönlichen Forderungen im Concurs sich versäumt, muß die befriedigten Gläubiger in Ruhe lassen. — Aber daraus folgt wieder nichts für die fragliche Theorie.

11) Unser Leben währt 70 Jahre u. s. w.

ipso jure, nicht ope restitutionis, in alle ſeine Rechte wieder ein. Nun ziehe man das Reſultat, was hieraus für die Gönneriſche Meinung folgt. Von gleichem Gehalt ſind

3) die Edictalcitationen bei Erbſchaften. Will der Richter nicht rechtswidrig und null verfahren, ſo beſteht das von ihm anzudrohende Präjudiz blos darin: „daß die Erbſchaft den Folgeberechtigten ausgeantwortet werde, an welche ſich die Gläubiger pro rata zu halten". Säumen ſie, ſo erhalten ſie ſtatt einen mehrere Schuldner. Dies iſt aber nicht Folge der Citation und des Verſäumens, ſondern fließt aus den Vorſchriften des gemeinen Rechts: „daß die Klagen, active und paſſive, auf und gegen die Erben pro rata übergehen". Mehr Schein einer Provocation hat

4) die Vorladung unbekannter Inhaber einer verlohrnen Staats-Obligation, einer Urkunde, eines Wechſels u. ſ. w. Aber auch hier iſt nur Schein. Denn dringt man tiefer in die Sache, ſo ergiebt ſich, daß hier entweder gar keine proceſſualiſche Handlung, oder eine ſelbſtſtändige Klage vorliegt. Zwei Fälle nämlich ſupponirt der, welcher in einer ſolchen Lage den Richter angeht, und weil er nicht weiß, welcher von beiden Fällen vorhanden iſt, ſo verbindet er ſie eventualiter. Nämlich

a), die Urkunde u. ſ. w. wird von Niemanden gefunden; dann iſt das Ganze voluntariae jurisdictionis; denn ein substantiale des Proceſſes fehlt — der Beklagte —; und da dieſer nach dieſer Vorausſetzung sub a), unmöglich iſt, ſo iſt auch keine Provocation denkbar. Oder

b) die Urkunde wird von Jemanden gefunden — von wem? iſt unbekannt; dann iſt die Forderung eine reine rei vindicatio gegen den unbekanten Inhaber gerichtet. Dieſem, eben weil man ihn nicht kennt, wird durch die Edictalcitation die Klage ad excipiendum mitgetheilt, nach verlaufener Friſt aber pro petito geſprochen, ſey es, daß man ob contumaciam eine bejahende Einlaſſung annimmt, oder eine verneinende, inſofern der Kläger ſogleich den Beweis des Eigenthums

der verlornen Sache geliefert hat. Dem Kläger ſpricht man das Eigenthum zu. — Dieſe Art Urkunden ſind blos Mittel, etwas Andres zu erhalten, welches Andre ihm wird, und eben dadurch verliert jene ihren Werth. Wer das Geld wieder bekommt, entſchlägt ſich leicht des Papiers, in welches jenes gewickelt war; wer die Valuta eines Wechſels empfängt, entbehrt gern dieſen ſelbſt, und machte er ihn ausfindig, ſo kann er ihn zum Ueberfluß durch die actio rei judicatae erhalten, wenn er will.

§. 6.

Die Verjährung betrachtet Gönner [12]) nur von einer Seite, nämlich inſofern durch ſie nach 30 Jahren der Beſitzer (Provocant) Sicherheit erhielte. Dieſen Termin aber findet er zu lang, und überhaupt nur unter Vorausſetzung der Unthätigkeit beider Parteien vom Geſetz beſtimmt. Was die Länge betrifft, ſo mag dieſe von den Kaiſern Honorius und Theodos verantwortet werden. Die behauptete geſetzliche Vorausſetzung aber iſt eine petitio principii und falſch. Denn man darf bei einer Suppoſition, die, wäre ſie wahr, einen ganz neuen Mechanismus in die Lehre von der Verjährung der Klagen bringen würde, einen bündigern Beweis verlangen, als aus der bloßen Behauptung hervorgeht. Ein ſolcher Beweis iſt aber von Gönner nicht gegeben, vielmehr tritt die Unmöglichkeit eines ſolchen Beweiſes hervor, wenn man die Verjährung auch von der andern Seite anſieht, nämlich inſofern durch ſie der Kläger ein jus quaesitum auf die 30 Jahre erhalten hat, die ihm keine Willkühr (Thätigkeit) rauben kann. Grade dieſe Thätigkeit iſt geſetzwidrig. Es iſt ein ſehr bekanntes Princip: daß der Richter die Termine der geſetzlichen Verjährung ſchlechterdings nicht verengen darf [13]). Geſtatten nun die Geſetze [14]) 30 Jahre,

12) l. c. §. 6. S. 70.

13) Thibaut Syſtem des Pandektenrechts §. 1016. Kori Theorie der Verjährung u. ſ. w. §. 47.

14) L. 3. C. de praescr. 30. l. 40. ann. (7. 39.).

mit welcher Befugniß ſoll der Richter dieſe etwa in 30 Tage verwandeln? Nur wenn beide Theile einwilligen, läßt das römiſche Recht eine Verkürzung zu [15]), und abſolut unthunlich iſt das einſeitige gewinnſüchtige Vorſchreiten des Beſitzers. Dies Letztere iſt von beſonderm praktiſchen Werth; denn faſt jeden Tag finden wir in den öffentlichen Blättern Annoncen, wodurch Leute, die einen Ort oder ein Land verlaſſen, oder Geſellſchafter, die ihre Societät aufheben wollen, bekannt machen: „man ſolle ſich mit ſeinen Forderungen binnen einer beſtimmten Zeit melden, widrigenfalls ſie für nichts hafteten". Es ſind dieſes gehalt- und folgeloſe Schritte, indem bis zum Ablauf der geſetzlichen Friſt jene Publicanten vor wie nach verbunden bleiben *).

§. 7.

Wir haben über dieſes auch klare Geſetze, im römiſchen und teutſchen Recht, welche jene Ausdehnung ſchlechthin verbieten. Dahin gehört

I was das römiſche Recht betrifft

1) die bekannte L. un. C. ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. (3. 7.) Die ſcheint Gönner im Auge gehabt zu haben, (denn ausdrückliche Erwähnung thut er ihrer nicht,) wenn er ſagt: „abſoluter Zwang finde freilich nicht ſtatt, wohl aber relativer". Da aber Gönner unter dieſem relativen Zwang totalen Verluſt verſteht, ſo enthielte der abſolute Zwang noch irgend andre, außerhalb des Rechts

15) L. 31. §. 22. aedit. edict. (21. 1.) L. 2. C. de pact. int. emt. (4. 54.) Thibaut und Koril. c.

*) Wirklich aber hat man, ſonderbar genug, hie und da dem Richter die Befugniß zugeſprochen, auf Verlangen eines jeden, der ſich von dem Orte ſeines bisherigen Aufenthaltes entfernen will, die Gläubiger deſſelben, Bekannte und Unbekannte, bei Strafe der Präcluſion aufzufordern, ihre Anſprüche in einem kurzen Termin geltend zu machen, — man hat ſogar dafür L. 6. C. de rem. pign. (8. 29.) citirt. Allein man ſehe ſchon Berger Electa process. provocatorii §. 3.

Uebende, physische oder intellectuelle Uebel. Demnach hätte der Kaiser Diocletian, der Verfasser der L. un., soviel gesagt: „Niemand soll durch Geldstrafe, Gefängniß, Tod u. s. w., zum Einklagen einer Forderung gezwungen werden“. Wer fühlt aber nicht, daß ein Gesetz, welches so etwas sanctioniren wollte, nur schwer von dem Vorwurf, eine Ungereimtheit gesagt zu haben, frei zu sprechen seyn würde? Daß man nicht mit körperlicher Züchtigung gegen den verfahren dürfe, welcher einem seiner freien Befugniß unterworfenen Rechte ganz oder theilweise [16]) entsagen will, ist ein Satz, der sich dermaßen von selbst versteht, daß ein Gesetzbuch Folianten einnehmen würde, wollte ihm ein Gesetzgeber ähnliche Axiomen einverleiben. Es spricht aber auch die lex lata jenen Satz wirklich überall und mannichfaltig aus, durch Erlaubniß der Schenkung, des Verzichts, des pacti de non petendo u. dgl., überhaupt durch Sanction einer freien Disposition des freien Bürgers über sein freies Privateigenthum **), bis dahin, wo er, dem Furioso gleich, das Haus durch die Fenster werfen will ***). Und was berechtigt uns denn nun zu jener Distinction zwischen absolutem und relativem Zwang, zu dieser Restriction des Wortes cogere? Ein Gesetz, welches allgemein spricht, und etwas Exorbitantes nicht vorschreibt, (daß dies nicht der Fall sey, wurde oben gezeigt,) muß auch eben so allgemein genommen werden, und es läßt sich doch nicht verkennen, daß ein Befehl, zu klagen, und zwar bei Verlust der Klage, einen Zwang involvirt, der fühlbar genug ist, und mit einem Grundprincip der bestehenden Gesetzgebung, mit deren Geist, geradezu in einem schneidenden Widerspruch stehet.

16) Unter theilweiser Entsagung verstehe ich das spätere Anbringen einer Klage, welche man befugt gewesen wäre, früher anzubringen.

**) L. 21. Cod. mandati 4. 35.

***) L. 1. pr. Dig. de curatoribus furioso et aliis extra minores dando.

Es begnügt ſich aber die vorhandene Geſetzgebung mit jenem allgemeinen Verbot: „ut nemo invitus agere cogatur“, keineswegs, ſondern auch im Speciellen ſpricht ſie das nämliche Princip anwendend aus. Man ſehe hin

2) auf die Const. 20. Cod. de pignoribus. (8. 14.) — auf deren Worte:

> Creditor ad petitionem debiti urgeri jure minime potest. Qua propter eo, quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato, et si non velint accipere, consignato atque deposito, de reddendo pignore hos Praesidiali notione convenite.

Wird man auch hier auf einen abſoluten phyſiſchen Zwang zurückkommen wollen? Ein Blick in ein Wörterbuch kann genügen, um einzuſehen, daß urgere grade nur ſoviel ſagen will und kann, als: drücken, drängen, treiben, anſtrengen, preſſen; und alle dieſe Prädicate kann man billig der einen Rechtsverluſt, eine wahre Privatſtrafe, drohenden Aufforderung zur Klage beilegen.

Ein noch ſchärferes Argument bietet uns dar

3) L. 4. C. de usur. pup. (5. 56.). Sie enthält folgendes:

> Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, si quid ei debetis, cursus inhibeatur usurarum, denunciationibus frequenter interpositis, ad judicium eum provocate, ac si rem dissimulatione proferat, actis apud praesidem provinciae factis, voluntatis vestrae rationem declarate, quofacto tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum consuletis.

Hiermit verbinde man

4) L. 1. §. 3. D. de usuris (22. 1.), wo Papinianus ſpricht:

> Plane si tutelae judicio nolentem experire ultro con-

venerit [17]) et pecuniam obtulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.

Ein Vormund wünscht alſo, vom Pupillen belangt zu werden, um das Capital zu zahlen. Dieß, ſagt der Kaiſer, geht nicht an; niemand kann zur Klage genöthigt werden; wollt ihr aber den Zinſenlauf hemmen, ſo erklärt, nach häufigem Ermahnen und Auffordern, euren Willen zu den Akten, deponirt und obſignirt das Geld! Nach Gönners Theorie hätten Dioeletian und Papinian zum Pupillen ſagen müſſen: „aut age, aut sile!“

Ein anderes Geſetz [18]) verordnet daſſelbe, und führt ausdrücklich als Grund der Regel, daß blos durch Oblation, Depoſition u. ſ. w. der Zinſenlauf aufhören ſoll, das an, daß es nicht in der Macht des Tutors ſtehe, ſich belangen zu laſſen.

§. 8.

Man werfe hier überhaupt einen nähern Blick auf die römiſchen Grundſätze über das Verfahren im Fall einer mora accipiendi des Gläubigers, um ſich zu überzeugen, wie rechtswidrig Gönners belobte Ausdehnung iſt.

Wird etwa der ſeinem Gläubiger die Leiſtung anbietende Schuldner frei, ſobald dieſer ſie nicht annehmen will?

---

17) ultro aleqeum convenire heißt bekanntlich, gegen Jemand mit der contraria voranſchreiten, ehe dieſer die directa angeſtellt hat. L. 10. pr. D. de neg. gest. (3. 5.). L. 17. §. 1. D. commodati (13. 6.). L. 1. §. 6. D. uti possid. (43. 17.). L. 2. pr. D. de lege Rhodia de jactu (16. 2.)

18) L. 23. §. 1. D. de admin. et per tut. (26. 7.). (Marcellus) Tutor qui post pubertatem pupilli negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam. Quin etiam justius mihi videtur, eum, per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.

Kann er ſeine Schuld als eine gute Priſe erklären? Um den Gläubiger in moram zu verſetzen, d. h. um die Gefahr auf ihn überzutragen u. ſ. f., genügt nach einer richtigen Theorie freilich das Anbieten; aber, um frei von der Verbindlichkeit ſelbſt zu werden, iſt in der Regel eine Verſiegelung und gerichtliche Niederlegung nöthig [19]).

Nun halte man eine mora accipiendi mit einer nicht befolgten Provocation zuſammen!

Dort liegt vor ein vollgültiges vollſtändiges Anerbieten zur Leiſtung; hier erſcheint eine Aufforderung zur Klage, d. h. implicite ein Ableugnen. Dort iſt die Folge, daß der Schuldner, um befreit zu werden, die Summe deponiren muß, hier ſoll er nach verlaufenem Termin ohne Weiteres die Schuld einſtecken können.

Dies wäre doch ein Mißverhältniß, welches ſich ein Geſetzgeber nicht gerne nachſagen ließe.

§. 9.

Wer aber in jener größten Theils aus dem bürgerlichen Leben und aus den Gefühlen des Volks gehobenen Geſetzgebung eine ſolche, ſich ſelbſt zerſtöhrende, Inconſequenz erfinden wollte, der richte noch zuletzt ſeine Aufmerkſamkeit

5) auf die L. 5. §. 6. Dig. de doli mali exceptione. 44. 4. Hier ſpricht Paulus:

Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur [20]).

---

19) L L. 4. 1. §. 31. 28. §. 1. citt. Thibaut §. 171. 103. L L. ilique citt.

20) cf. L. 42. D. de R. J. (50. 17.) verb. cum sit in potestate ejus (qui agit) quando velit experire. L. 156. eodem. L. 6. pr. C. de temp. in integ. rest. cet. (2. 53.) ſämtlich für meine Behauptung.

Deutlicher kann man wohl nicht reden. Eine Einrede ſoll deshalb ewig ſeyn, weil es ganz vom Kläger abhänge, wann er klagen wolle, nicht aber der Willkühr des Beklagten anheim geſtellt ſey, ſich belangen zu laſſen, wann es ihm einfällt und gefällt. Römiſche Conſequenz, und römiſche Begriffe über das honestum, konnten auch nie zu einem andern Reſultat kommen. Gleichwie Niemand gezwungen werden ſoll, ſein Vermögen zu verſchenken, eben ſo iſt es auch unanſtändig, den freien Mann zu nöthigen, das zu erlangen, auf deſſen Erlangung er nur ein Recht hat.

Die Ausdehnung der Provocationen ſtößt alſo gegen zwei römiſch-rechtliche, und eben ſo gewiß auch teutſch-rechtliche Grundprincipien an. Einmal, daß man Niemanden gegen ſeinen Willen eine Wohlthat erzeigen ſoll; — dies thut man, indem man zum Klagen, d. h. zum Streben nach Erlangung nöthigt; — ſodann, daß man Niemanden ohne Grund ein Uebel zufügen ſoll; — dies geſchiehet, indem man auf das Schweigen den Verluſt der Klage verhängt [21]).

§. 10.

Betrachten wir nun

II.) Die teutſchen Geſetze. Es enthält

---

21) L. 69. 156. pr. et §. 4. D. de R. J. (50. 17.) Doch muß man in letzter Stelle tribuitur und nicht „eripitur“ leſen, wie einige thun, wofür keine einzige Handſchrift, und cap. 17. de R. J. in 6to. eine ſchlechte Stütze iſt, obgleich, wenn man auch eripitur lieſt, dieſes den zweiten Satz im Text beweiſt. L. ult. D. de usu et habit. (7. 8.). L. 19. §. 2. D. de donationib. (39. 5.). L. 5. et 24. D. de adoptionib. (1. 7.). Nov. 89. Cap. 11. pr. u. ſ. w. Es war mir nicht ſowohl darum zu thun, zu zeigen, daß die beiden Provocationen nicht im römiſchen Recht enthalten, ſondern daß ſie durch daſſelbe verboten ſind, und daß man daher darum, und weil die teutſchen Geſetze, wie ſogleich erhellen wird, auf die römiſchen ausdrücklich hinweiſen, zum allerwenigſten nicht neue Provocationen aus ihnen erpreſſen darf.

1) die Reichs-Kammergerichts-Ordnung vom Jahr 1555. Thl. II. Tit. XXV. wörtlich folgende Vorschrift:

„Demnach ſetzen vnd ordnen wir, daß Lex diffamari an dem Cammergericht verſtanden und gebraucht werden ſol, in fridbrüchigen, ſchmach, vnd andern dergleichen Sachen, in denen ſolche Diffamation gefehrlicher, betrieglicher weiß, oder in andere wege, dem andern theil zu nachtheil vnd beſchwerung beſcheben; auch nit anders, dann ſo die anſuchende Parthey, die in der Hauptſach Antwurter, der Keyſ. Mayt. vnd dem Reich ſemt ohne mittel vnderworffen, oder an das Cammergericht, vermög der Keyſ. Mayt. vnd deß Reichs ordnung ohn mittel gehörig; Daß auch Cammerrichter vnd Beyſitzer, ehe vnd zuvor ſie ſollich Proceß erkennen, der Diffamation halben, durch ſchriftlich oder andere glaublich vrkundt vnd anzeig, informirt vnd bericht ſein. Vnd ſo ſollich Proceß erkendt, vnd darauff die Diffamation, wie ſich gebürt, in Recht dargethan, ſoll alsdann dem Diffamanten, ſo der Diffamirt dem Cammergericht in erſter Inſtanz ohne Mittel vnderworffen, oder ſonſt die Sachen ihrer Natur nach dahin gehörig, vor demſelbigen Cammergericht; wo aber der Diffamirt ohne Mittel dem Reich, aber in erſter Inſtanz dem Cammergericht mit vnderworffen, vor dem Richter, dahin die Sach ordentlich gehört, ein genandte zeit, ſein Klag fürzubringen, mit dem anhang, wann er das nit thete, daß jme ein ewig ſtillſchweigen aufgelegt ſeyn ſoll, angeſezt, vnd ſonſt, vermög der Keyſerl. Mayt. vnd des Reichs gemeinen Rechten vnd Ordnung gehandelt und procedirt werden“ [22]).

Sodann ſpricht

---

22) Damit ſtimmt ganz überein das Concept einer neuen Kammergerichts-Ordnung v. J. 1613. Thl. II. Tit. XXVII.

2) der Reichsabſchied v. Jahr 1654. §. 83. beſtätigend ſich dahin aus:

„Präſident u. ſ. w. ſollen auch fleißige Aufſicht haben, damit das remedium legis diffamari nicht mißbraucht, ſondern hierin die Disposition ſowohl der gemeinen Rechte, als der Reichsſatzungen, in gute Obacht genommen, und keine citatio ex lege diffamari anderer Geſtalt, es wären denn die Diffamanten in specie nahmhaft gemacht, die angegebene Diffämation auch noch vor der Ladung durch ſchriftliche oder andre glaubliche Urkund und anzeigentlichermaßen beigebracht und erwieſen, erkennet; nach Erkennen der Proceſſe aber ſoll vor allen die Diffamation erwieſen u. ſ. w.“.

Auch hatte ſchon früher als beide Geſetze

3) die Cammer-Gerichts-Reform von 1531. §. 35. verordnet:

„daß dieſe Provocation nur in dem durch die gemeinen Rechte beſtimmten Fall, und zwar nur cum aliqua causae cognitione u. ſ. w., ſtatt finden ſoll“.

Sieht man dieſe Geſetze, von welchen eins das andere beſtätiget und ergänzt, mit unpartheiiſchem Auge an, ſo iſt deren Tendenz, „ein ausdrückliches Verbot der Ausdehnung der Provocationen“, unverkennbar. Dieſe Geſetze eifern gegen den praktiſchen Mißbrauch der lex diffamari, verbieten dieſen, und wollen inſonderheit, nicht jeder Lumperei wegen ſoll man dem angeblich diffamirten Provocanten gerichtliches Gehör geben und auf Ladung des Provocaten erkennen. Zum aller wenigſten erfordert die K. G. O., „daß die Diffamation dem Provocanten Nachtheil oder Beſchwerung zufüge“. Ein Mißbrauch ließe ſich aber gar nicht denken, wenn man ſtets und in jeder Sache, Bekannte und Unbekannte, zu provociren befugt wäre. Ein Geſetz mißbrauchen, heißt: gegen den Willen des Legislators es auf Fälle anwenden, die nicht unter ihm begriffen ſeyn ſollen. Indem dieſes verboten wird, iſt auch alle Extenſion abgeſchnit-

ten. Die Reichsgeſetze ſehen die Sache mit keinem günſtigen Auge an, am wenigſten hielten ſie den ſogenannten Provocations-Proceß für ſo heilſam, und dem Unterthan ſo wohlthätig, wie Gönner. Die ganze L. 5. C. de ingenuis manumissis zu caſſiren, fand man bei der überausgroßen Achtung für das römiſche Recht, welches damals die gemein gewordene Meinung nun einmal für den Schutzpatron dieſer Provocation anſahe, nicht gerathen; man verfuhr daher gegen ſie nur mit einem nicht zu verkennenden Geiſt der Reſtriction [23]). Es ſoll inſonderheit Diffamant nahmhaft gemacht werden [24]); welcher Provocant ſich daher auf ein „dumpf herumſchleichendes Gerücht“ beruft [25]) iſt nach dem angeführten §. 23. ſchlechthin abzuweiſen, ſo wie ein jeder, der über die in den beiden römiſchen Geſetzen angeblich enthaltenen Fälle hinausſchreiten will. Sollte man etwa einwenden wollen: „die Reichsgeſetze ſprächen ja nur von der provocatio ex lege diffamari, reſtringirten alſo nur dieſe, ſo mag man auch bemerken, daß die Reichsgeſetze von der provocatio ex lege si contendat weder reſtringirend, noch ſanctionirend ſprechen, vielmehr über dieſes Provocations-Mittel gänzlich ſchweigen und auch nicht ein Spur deſſelben uns darbieten. Iſt nun, wie bisher erwieſen wurde, das ganze Inſtitut ſchnurſtraks gegen römiſches Recht und allgemeine Rechtsprincipien, ſo kann es nur durch ein neueres (teutſches) Recht gerettet werden. Wenn aber letzteres nur von einer Provocation ſpricht, ſo kann man leicht in Verſuchung gerathen, nicht nur die Extenſion der

23) Obgleich Oldendorp die provocatio ex lege diffamari als ſo heilſam anſieht, daß er ſie unter die Zehn Gebote aufgenommen zu wiſſen wünſcht.

24) S. a. Landfr. v. J. 1548. Tit. XIV. verb. ſo ſoll der u. ſ. w., Macht haben, den, ſo ihn dermaßen u. ſ. w., deßhalben fürzunehmen.

25) Dies iſt grade eins der Beiſpiele, welche Gönner l. c. anführt, und wo er die Provocation zuläßt.

andern, ſondern ſie ganz zu läugnen, und will man dieſes, wegen einer mit etwa dreihundertjährigem Mooſe bewachſenen Praxis, nicht thun, ſo mag dieſe auch ſo billig ſeyn, den von ihr erzeugten, dem legitimen Recht untergeſchobenen, Baſtard ſo weit in der Zucht zu halten, daß er wenigſtens nicht Herr im Hauſe wird, und die legitimen Kinder des Geſetzes aus ihrem Gebiet verdrängt. Auch iſt nicht zu bezweifeln, daß eine doctrinelle Praxis — Entſcheidungen einzelner rechtsunkundiger oder rechtsirriger Richter gehören nicht zu ihr — wenigſtens keine Ausdehnung der Provocationen zuläßt; und es iſt zu hoffen, neue Geſetzgebungen werden Gönners Vorliebe zu dem Findelkind nicht theilen *).

XXII.

Das Teſtament einer taubgebornen und ſprachloſen Perſon.

Von Genſler.

§. 1.

Vorbemerkungen.

Es iſt hier nicht die Abſicht, die Geſetzvorſchriften wegen der letztwilligen Verordnungen gehör- oder ſprachloſer, oder taub und ſtumm geborner, oder gewordener, Perſonen rechtswiſſenſchaftlich genau zu erörtern; ja es ſoll nicht einmal ein Urtheil über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des §. 2. darzulegenden Teſtamentes ausgeſprochen werden; ſondern der Hauptzweck deſſen öffentlicher Bekanntmachung iſt, den Geſetzgebungen bemerklich zu machen, wie nöthig es ſeyn mögte, die Verhältniſſe der

*) Die Abh. II. u. ſ. w. nächſtens.